

پیشگیری از فساد مالی در قراردادهای اداری

تالیف

سونیا چقامیرزا

انتشارات قانونیار

۱۳۹۶

فهرست مطالب

فصل اول	۷
کلیات	۷
فصل دوم	۱۳
مبانی نظری و پیشینه بحث	۱۳
فصل سوم	۸۳
فساد اداری و شیوه های کنترل آن	۸۳
فصل چهارم	۱۰۹
حقوق قراردادهای اداری	۱۰۹
منابع و مآخذ	۱۲۶

فصل اول

کلیات

مقدمه

قرارداد مترادف با عقد است و عقد مفرد کلمه عقود است که این کلمه از زبان عربی به فارسی انتقال یافته و از نظر لغوی به معنی بستن است. بر طبق ماده ۱۸۳ قانون مدنی، عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری کند و مورد قبول آنها باشد. یعنی در اثر انعقاد عقد بین ۲ نفر رابطه حقوقی ایجاد شده و آن را در مورد یک موضوع خاص به یکدیگر مرتبط می‌کند. قرارداد و عقد با این تفاوت مورد کاربرد واقع می‌شوند که کلمه عقد در عقود معین استعمال می‌شود. و حال آنکه قرارداد بر تمامی عقود خواه معین باشد و یا غیر معین اطلاق می‌شود. ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد، قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. بنابراین در فارسی کنونی، قرارداد به معنی عقد به کار می‌رود. در این صورت اختصاص به عقودی که اثر مستقیم آنها ایجاد تعهد است ندارند. در حالی که ماده ۱۸۳ قانون مدنی تعریف نارسایی از عقد کرده و آن را اختصاص به عقودی داده که اثر مستقیم آنها تعهد است.

پدیده فساد مالی، در دنیای امروز و به ویژه در کشورهای در حال توسعه، به عنوان یکی از مهمترین موانع پیشرفت جامعه، مطرح شده است. این پدیده صدمات جبران ناپذیری را بر سرعت حرکت چرخ توسعه ایجاد کرده و مسیر توسعه و پیشرفت را مسدود و محدود می‌سازد.

فساد یک مشکل جهانی است، و با توجه به گزارش شفافیت بین الملل بر تمام بخش های جامعه از ساخت (فرانسه)، آموزش و پرورش (اوگاندا)، پلیس (مالزی)، تا مجلس (ژاپن)، قوه قضائیه (برزیل)، بورکینافاسو، اکوادور و نپال)، و حتی کلیسا (یونان) اثر می گذارد (کسنیا، ۲۰۰۸: ۲۲۳). فساد پدیده ای است که کمابیش در کلیه کشورهای جهان وجود دارد. اما نوع، شکل، میزان و سطح توسعه یافتگی آن تفاوت دارد. در هر صورت فساد موجب انحطاط است. امروزه بسیاری از ممالک دریافته اند که فساد موجب انحطاط است. امروزه بسیاری از ممالک



دریافته اند که فساد و تخلف اداری یکی از مهمترین تهدیدها در جهت ثبات اقتصادی، توسعه و پیشرفت است. نظام اداری ما نیز مدتهاست از بیماری فساد و تخلفات اداری رنج می برد. برای حذف یا کاهش این پدیده شوم در نظام اداری کشور، نیازمند برنامه هایی هستیم تا بدین وسیله به تجزیه و تحلیل مسائل پرداخته و ضمن ارزیابی راههای گوناگون، راهبرد بهینه را انتخاب و به مرحله اجرا درآوریم.

برنامه های تنظیمی دولت به طور صریح و مشخص مسئولیت توزیع سرمایه، درآمد و موقعیت های ممتاز اقتصادی و اجتماعی را به عنوان بخشی از کارکرد و وظیفه قانونی به عهده دارند چنین ظرفیتی با توجه به نقاط قوت و ضعف نظام مدیریتی و بسیاری از واقعیات محیطی و سازمانی می تواند عامل ایجاد شرایط مختلفی باشد که از آنها با عناوین آسیب پذیرها، تهدیدات و فرصت های پیش روی سازمان اداری یا اجتماعی نام برده می شود. پروژه های پیمانی و دولتی فارغ از کم و کیف موضوع قرارداد به طور کلی از مرحله توجیه ابتدایی و تصویب یا ابلاغ طرح تا انتخاب پیمانکار و اجرا و تحویل محصول قرارداد به وسیله عناصر و عوامل مختلف دارای منشا داخلی و بیرون از قرارداد تحت تأثیر قرار گرفته و انجام می شود. فساد مسیر رشد اقتصادی را با موانع بسیار مواجه می سازد و بر توسعه اقتصادی اثر منفی دارد. این تأثیر بر اقتصادهای باز بیشتر از اقتصادهای بسته است (بلک برن و پوکسیو^۱، ۲۰۱۰). هدف از انجام مطالعه بررسی فساد مالی در قراردادهای اداری و راهکارهای پیشگیری از آن می باشد. فساد بیماری انکارناپذیری است که ساختار مطلوب اجتماعی را در سطحی وسیع تهدید می کند. امروزه فساد و کنترل آن دغدغه اصلی تمام کشورها و سازمان های بین المللی است. این دغدغه را می توان در قراردادهای اداری متعدد به خوبی مشاهده کرد. برای فساد دلایل متعددی بیان شده است. فساد قطعاً آثار مخربی بر ایجاد اعتماد داشته و مانع وجود شفافیت و رویه های مناسب حکمرانی خواهد شد. نکته ای که بر اهمیت مسئله فساد می افزاید، رابطه فساد با جرایم سازمان یافته و تأثیرات منفی ای است که بر اقتصاد داخلی، اداره عمومی جامعه

¹ . Blackburn & Puccio



و اقدامات دولتها در جهت توسعه می گذارد. پیشگیری از فساد از طریق راهبردها و واکنش های هماهنگ اداری ممکن خواهد شد. این مطالعه به بررسی مفهوم فساد، انواع فساد، فساد مالی، علل، نتایج، سنجش و پیشگیری از فساد مالی می پردازد.

فصل دوم

مبانی نظری و پیشینه بحث

مقدمه

براساس فرهنگ انگلیسی آکسفورد، «فساد» می تواند به اشکال مختلف روی دهد. فساد می تواند «مادی» باشد که در تلاشی یا خرابی اشیاء، به ویژه به لیل تجزیه یا پوسیدگی، همراه با گندیدگی و نفرت انگیزی خود را نشان می دهد؛ فساد می تواند «اخلاقی» باشد که جلوه های آن را می توان در «انحراف» یا «تباهی» سلامت در ایفای وظایف دولتی به دلیل رشوه خواری یا جانبداری یا انجام یا وجود اعمال فسادآلود مشاهده کرد. «فساد» در معنای اخیر پدیده ای است که در همه جوامع، اعم از توسعه یافته یا در حال توسعه، یافت می شود (صفری و نایی، ۱۳۸۰: ۱۴۵).

پیامدهای مخرب و زیانبار فساد مرز نمی شناسد؛ اما تأثیرات منفی آن در کشورهای در حال توسعه به مراتب بیشتر از کشورهای توسعه یافته است. در بسیاری از این جوامع، فساد هزینه های اقتصادی سنگینی به بار می آورد؛ عملکرد بازارهای آزاد را دچار اختلال می کند؛ باعث کندی روند توسعه اقتصادی می شود و توانایی نهادها و بوروکراسی در ارائه خدمات مورد نیاز شهروندان را کاهش می دهد. همچنین، فساد بر تلاش های صورت گرفته برای مبارزه با فقر تأثیرات منفی می نهد (تئوبلد^۲، ۱۹۹۰).

این فصل با نگاهی به قراردادهای دولتی، امکان فساد مالی و مسائل مربوط آن را پیگیری و عوامل مؤثر در قرارداد و فساد مالی را بررسی می نماید.

۱- مشاور با توجه به ماهیت خود در برابر پیمانکار قرار داشته و می توانند در مجموع کارفرما تعریف شوند

۲- تأثیرگذاری در روند تصمیم گیری و انتخاب شرکت های متقاضی پیمان های دولتی یا تغییر در شرایط قرارداد از دلایل اصلی تبادل رشوه و فساد مالی محسوب می شود

² . Theobald



۳- رانت موقعیت در زمره بهترین روش‌های دستیابی ارزان به انواع قراردادهای پیمانی قرار دارد

۴- وجود تخلفات گوناگون در سیستم دولتی نشاندهنده ضعف و کم‌توانی بخش نظارت در دستگاههای دولتی می‌باشد

۵- اطلاع داشتن از سوابق کاری متقاضیان قراردادهای دولتی بسیار ضروری می‌باشد

گروهی از متخصصین داخلی و بین‌المللی اقتصاد، رشد و توسعه، دستیابی به توسعه همه‌جانبه و پایدار را تابعی از اجرای به هنگام سیاست‌های اقتصادی متکی بر قوانین بازار و کاهش تصدی‌گری دولت می‌دانند حتی جلب مشارکت بخش خصوصی و عدم تمرکز در نظام اداری را علاوه بر ابزار توسعه‌بودن، نشانه توسعه تعریف می‌کنند مراکز اعتباری بین‌المللی مانند بانک جهانی و صندوق پول نیز در اعمال اجباری سیاست‌های خود، اعطای کمک یا اعتبار به کشورها را منوط به اجرای سیاست‌های پولی، بانکی و اقتصادی می‌کنند طی چند دوره ریاست جمهوری در ایران نیز تلاش متنوع و مستمری صورت گرفت تا طرح‌هایی مانند خصوصی‌سازی و احیای اقتصاد مبتنی بر فعالیت آزاد بازار عملی گردد تا ضمن کاهش تصدی‌گری دولت، موضوع واگذاری امور به مردم عملی شود. تغییر قوانین اقتصادی و تجاری و واگذاری مالکیت شرکتهای نیمه ورشکسته تحت تملک دولت طی برنامه‌های اول و دوم تا خصوصی‌قلمداد شدن برای بزرگترین و مؤثرترین بنگاه اقتصادی ایران یعنی شرکت ملی نفت در برنامه پیشنهادی چهارم، بر اجرایی نمودن دیدگاه و باور داخلی و بین‌المللی مذکور تأکید دارد (ازبورن، ۱۹۹۷: ۱۰).

بنابراین، همزمان با پیگیری سیاست‌واگذاری سهم تصدی‌گری دولت و افزایش سهم قراردادهای پیمانی همچنان کارشناسان اقتصاد زیرزمینی و تجارت سیاه، گرایش به

خصوصی سازی شتابان و فاقد ساز و کار نظارتی اثر بخش را موجب افزایش شکاف درآمدی جامعه و زمینه ساز رشد و گسترش شرکتهای صوری، کاذب و فاقد اصول و ضوابط اولیه اقتصادی دارای قدرت اثر گذاری می دانند شرایطی که به دلیل گسترش فعالیت های مبتنی بر رانت خواری و سفته بازی می تواند با سهولت به تضعیف و حذف فضای مشارکت اثربخش شرکت های خصوصی واقعی و پویایی اقتصادی منجر گردد. بنابراین خصوصی سازی با پارادوکس رفتاری و دو تأثیر متضاد و متقابل همراه است که می تواند زمینه ساز شکوفایی و پویایی اقتصادی همه جانبه و پایدار یا باز تولید و نهادینه سازی اقتصاد سیاه و درآمدهای کثیف باشد (کورر^۴، ۲۰۰۵: ۲۳۵).

ادبیات تحقیق

تعریف قانون فساد اداری

استفاده غیرقانونی از اختیارات اداری/ دولتی برای نفع شخصی؛ چنین تعریفی زمانی جامعیت می یابد که قوانین اداری کامل، واضح، عادلانه و فراگیر باشد (توبلد^۵، ۱۹۹۰).

تعریف فساد اداری بر مبنای افکار عمومی جامعه

اقدامی که از دید مردم یک جامعه غیراخلاقی و مضر باشد.

تعریف فساد اداری براساس منافع عمومی

آن گروه از اقدامات کارکنان و مسئولان دولت که به منافع عمومی لطمه می زند.

سه انگیزه اصلی برای یک کارمند به هنگام مشارکت در فساد وجود دارد: (۱) نفع شخصی مستقیم؛ (۲) دریافت رشوه نقدی و یا غیرنقدی از شخص ثالث؛ (۳) کمک به

4 . Kurer

5 . Theobald



دوستان خویشاوندان (حیبی، ۱۳۷۵: ۱۷-۱۴). تعاریف نوعی از فساد اغلب دربردارنده سه طبقه است که با هم همپوشانی دارند: ۱) سوء استفاده از پول یا پاداش برای منفعت شخصی؛ ۲) تبادل نامناسب پول یا پاداش برای نفوذ یا قدرت نابجا؛ ۳) تخلف از مصالح عمومی یا هنجارهای رفتار (ورلین^۶، ۲۰۰۵).

فساد انواع متفاوتی دارد: فساد پوروکراتیک (دریافت رشوه به وسیله مقامات سازمانی)، فساد سیاسی (دریافت رشوه توسط سیاستمداران)، و فساد بزرگ^۷ (به معنی سوء استفاده از قدرت دولتی توسط رؤسای دولت، وزیران و مقامات رسمی ارشد برای منفعت شخصی) (ازبورن^۸، ۱۹۹۷: ۱۰). در یک طبقه ندی کلی فساد به آنچه درون داده ها را متأثر می گذارد (نبود برنامه ها و معیارهای قانونی مؤثر برای فرو نشاندن فساد) تقسیم شده است (کورر^۹، ۲۰۰۵: ۲۳۵).

تعریف قرارداد عمومی

قراردادی که یک طرف آن دولت است بعنوان قرارداد دولتی مطرح می شود. ولی در قوانین و مقررات و دکترین ایران، تعریفی در این خصوص مشاهده نمی شود. تنها تعریف در ترمینولوژی دکتر جعفری لنگرودی آمده است. فقط چنین تعریفی در نظام حقوقی ما دلیل بر انکار وجود قراردادهای دولتی نیست. بالعکس برخی تعاریف در قوانین متفرقه از بعضی قراردادهای اداری به چشم می خورد مانند تعریف پیمانکار و پیمانکاری. سازمان های اداری دولت می توانند علاوه بر ایقاعات اداری، قراردادهای متنوعی را منعقد کنند. از آنجا که هر قراردادی خواهناخواه باید به قانونی مربوط شود بنابراین قوانین حاکم بر هریک از این قراردادهای متنوع، یکسان خواهد بود. لذا می توانیم از قراردادهایی که سازمان های دولتی و عمومی می بندند، تقسیم بندی دیگری داشته باشیم و آنها را به قراردادهای اداری دولت و قراردادهای غیر اداری

6 . Werlin

7 . Grand corruption

8 . Osborn

9 . Kurer

دولت تقسیم کنیم. به عقیده دولوبا «قرارداد اداری، به قراردادی اطلاق می‌شود که مؤسسات عمومی آن را به منظور انجام یک امر عمومی و به قصد اینکه قرارداد مزبور مشمول مقررات و احکام خاص حقوق اداری قرار گیرد، منعقد می‌کنند، خواه مبین این قصد، وجود قیود و شروط مخصوص حقوق اداری مندرج در قرارداد باشد و خواه شرکت و همکاری نزدیک و مستقیم پیمانکار در انجام امر عمومی، دلالت بر آن قصد کند.»

مفهوم قرارداد در حقوق ایران

مفهوم لغوی قرارداد شامل عقود عهدی، تملیکی و مالی و غیر مالی و معوض و غیر معوض است و نیز شامل موافقت‌هایی است که به منظور منتفی ساختن اثر موجودی محقق می‌شود. در مفهوم لغوی قرارداد هم دلیلی نداریم که مقنن ایران دخل و تصرفی کرده باشد، بنابراین همان مفهوم لغوی حجت است و حجت بودن همین مفهوم لغوی، نقص تعریف مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی را جبران می‌کند و نتیجه اینکه می‌توان گفت مفهوم قرارداد از مفهوم عقد مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی اعم است ولی مقنن ایران در خارج از ماده ۱۸۳ عموماً هر جا که عقد یا عقود را بدون قرینه بکار برده منظورش مساوی است با مفهوم لغوی قرارداد، لذا عقد و قرارداد به یک معنی هستند. در هر حال قرارداد را می‌توان به توافقی قانونی ۲ یا چند طرف در موضوع معین به قصد ایجاد اثر حقوقی مشترک تعریف کرد. قرارداد یک عمل حقوقی ۲ جانبه است و آن وقتی واقع می‌شود که طرفین آزادانه با یکدیگر وارد گفت‌وگو شوند و به توافقی برسند.

انواع قراردادهای دولتی

قراردادهای دولت بر ۲ دسته‌اند: یک دسته از آنها قراردادهای حقوق مدنی دولت هستند. (مانند قرارداد اجاره، رهن، و برخی خرید و فروش‌های کوچک و کم‌اهمیت که از قواعد و احکام حقوق مدنی پیروی می‌کنند.) در این قراردادها دولت مانند افراد تابع قانون مدنی است و دسته دیگر قراردادهای اداری دولت مانند پیمانکاری‌های